

Audience publique du 1^{er} juin 2021

Recours formé par
Monsieur ... (Russie),
contre une décision du ministre de l'Immigration et de l'Asile
en matière de police des étrangers

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 43617 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 2 octobre 2019 par Maître Stéphanie Lacroix, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., né le ... à ... (Russie), de nationalité russe, demeurant à ..., élisant domicile en l'étude de son litismandataire sise à L-1628 Luxembourg, 7a, rue des Glacis, tendant principalement à la réformation et subsidiairement à l'annulation d'une décision du ministre de l'Immigration et de l'Asile du 24 juillet 2019, refusant de faire droit à sa demande d'autorisation de séjour en tant que travailleur salarié conformément à l'article 42 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif en date du 3 décembre 2019 ;

Vu le courrier du 6 février 2021 de la société à responsabilité limitée ..., représentée de Maître Dogan Dermican par lequel elle déclare avoir repris mandat de Maître Stéphanie Lacroix pour défendre les intérêts de Monsieur ... ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée du 24 juillet 2019 ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Dogan Dermican et Monsieur le délégué du gouvernement Luc Reding en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 23 mars 2021.

Par courrier du 7 décembre 2018, réceptionné le 13 février 2019 par le ministère des Affaires étrangères et européennes, direction de l'Immigration, désigné ci-après par « le ministère », la société à responsabilité limitée ..., désignée ci-après par « la société ... » introduisit, pour le compte de Monsieur ..., une demande d'autorisation de séjour pour travailleur salarié en tant que gestionnaire de leur future structure à

Par avis du 20 mars 2019, la Commission consultative pour travailleurs salariés rendit un avis négatif quant à ladite demande.

Par procuration du 26 mars 2019, Monsieur ... autorisa Madame ... à entamer en son lieu et place les démarches dans le cadre de la procédure en obtention d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation de travail auprès du ministère.

Par décision du 24 juillet 2019, le ministre de l'Immigration et de l'Asile, rejeta sa demande en obtention d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié, cette décision étant motivée comme suit :

« (...) J'ai l'honneur de me référer à votre demande en obtention d'une autorisation de séjour conformément à l'article 42 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration qui m'est parvenue en date 12 février 2019.

Je vous signale que votre demande en obtention d'une autorisation de séjour a été soumise à la commission consultative pour travailleurs salariés, qui a été entendue en son avis en date du 20 mars 2019, conformément à l'article 42, paragraphe (2) de la loi du 29 août 2008 précitée.

Je suis au regret de vous informer que les membres de la commission consultative pour travailleurs salariés ont émis un avis négatif auquel je me rallie.

En effet, l'octroi de l'autorisation de séjour est subordonné à la condition prévue par l'article 42, paragraphe (1), point 2. de la loi du 29 août 2008 précitée. L'autorisation de séjour ne peut être accordée que si l'exercice de l'activité visée sert les intérêts économiques du pays. Cette condition s'apprécie en fonction des besoins économiques du pays et plus précisément des besoins spécifiques du marché du travail.

Or, votre dossier ne renseigne pas sur les raisons pour lesquelles votre embauche en tant que « management d'une organisation » au sein ... serait justifiée étant donné que, d'après les informations à ma disposition, la société précitée dispose d'un gérant afin de garantir le bon fonctionnement de l'entreprise.

En outre, il ressort du courrier de votre employeur daté au 7 décembre 2018 que ce dernier recrute un manager pour l'ouverture de la prochaine crèche située sur la commune de Or, à part les dires de votre employeur, aucun élément de votre demande ne renseigne sur l'ouverture d'une nouvelle structure à ... dans un futur proche.

Par ailleurs, la maîtrise de la langue russe, tel qu'il ressort de l'attestation émise par l'Agence pour le développement de l'emploi, n'est en l'espèce pas non plus justifiée pour la tâche décrite.

Par conséquent, il n'est pas établi en quoi l'activité salariée visée sert les intérêts économiques du pays de sorte que la condition énoncée à l'article 42, paragraphe (1), point 2. de la loi du 29 août 2008 précitée n'est pas remplie.

Subsidiairement, il n'est pas prouvé que vous remplissez les conditions exigées pour entrer dans le bénéfice d'une des autres catégories d'autorisation de séjour prévues par l'article 38 de la loi du 29 août 2008 précitée.

L'autorisation de séjour en qualité de travailleur salarié vous est en conséquence refusée sur base de l'article 101, paragraphe (1), point 1. de la loi du 29 août 2008 précitée.(...) »

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif en date du 2 octobre 2019, inscrite sous le numéro 43617 du rôle, Monsieur ... a fait introduire un recours en réformation, sinon en annulation contre de la décision précitée du 24 juillet 2019.

Il convient de prime abord de souligner qu'aucune disposition légale n'instaure de recours au fond en matière d'autorisations de séjour, de sorte que seul un recours en annulation a pu être introduit contre des décisions statuant sur une demande d'autorisation de séjour.

Il s'ensuit que le tribunal doit se déclarer incompétent pour connaître du recours principal en réformation.

Le recours subsidiaire en annulation est par contre recevable pour avoir été, par ailleurs, introduit dans les formes et délai prévus par la loi.

A l'appui de son recours et en fait, le demandeur fait valoir être détenteur d'un diplôme de manager dans la spécialité de « *Management d'une organisation* » délivré par l'Université pédagogique d'Etat de ... en Russie et qu'il aurait dû être recruté en qualité de « *gestionnaire de la crèche – chargé de direction* » pour le bon fonctionnement et déroulement de la société à responsabilité limitée ..., désignée ci-après par « la société ... », qui serait établie et aurait son siège social à ... et avec laquelle il aurait signé un contrat de travail en date du 13 août 2019, ce contrat étant conditionné par l'obtention d'une autorisation de séjour dans son chef.

Il fait encore valoir que l'ouverture de cette crèche à ... serait conditionnée par des travaux de transformation et d'agrandissement d'un immeuble prévu à cette fin, le demandeur précisant qu'une autorisation de bâtir ayant été délivrée par la commune de ... en date du 5 juin 2019 et que ces travaux seraient en phase d'achèvement.

Le demandeur explique encore que Madame ..., gérante tant de la société ... que de la société ..., aurait introduit une « *aide au recrutement* » auprès de l'agence pour le développement de l'emploi, désignée ci-après par « l'ADEM », afin d'embaucher un salarié pour le poste de « *management d'une organisation* » et que cette dernière l'aurait, suivant certificat du 6 février 2019, autorisée à recruter une personne de son choix, faute de demandeur d'emploi inscrit et déclaré à l'ADEM remplissant le profil requis.

Outre le fait d'être titulaire d'un diplôme de manager, le demandeur relève qu'il maîtriserait encore la langue russe, atout indispensable, alors que la crèche accueillerait au futur 35 enfants dont une partie d'origine russe.

En droit, le demandeur estime remplir les conditions de l'article 42 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, désignée ci-après par « la loi du 29 août 2008 ».

Il fait plaider en premier lieu que le ministre aurait à tort retenu que son « *dossier ne renseigne pas sur les raisons* » de son « *embauche en tant que « management d'une organisation* » », alors même qu'il serait titulaire d'un diplôme en management d'une

organisation et que suivant son contrat de travail il serait engagé en tant que « *gestionnaire de la crèche – chargé de direction* ».

D'après le demandeur, l'activité exercée viserait également les intérêts économiques du pays, alors qu'il contribuerait à l'exploitation d'une crèche au profit des citoyens, que l'ouverture de ladite crèche serait imminente, les travaux étant en phase d'achèvement et un projet constitutif de la société ayant déjà été établi par le notaire, de sorte que le ministre aurait commis une erreur manifeste d'appréciation des faits en refusant la délivrance du titre de séjour sollicité.

Finalement le demandeur conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 750,- euros à son profit.

Dans son mémoire en réponse, le délégué du gouvernement conclut au rejet du recours introduit par le demandeur, d'une part, pour les motifs énoncés dans la décision déférée et, d'autre part, en raison du fait que la demande d'autorisation de séjour aurait été sollicitée pour le compte d'une société future, la société ..., laquelle aurait seulement été créée en date du 3 octobre 2019, tandis que la déclaration de poste vacant auprès de l'ADEM aurait été faite pour la société ... et que le contrat de travail entre le demandeur et la société ... aurait de surcroît seulement été signé en date du 13 août 2019. En plus, le contrat de travail du 11 février 2019 entre le demandeur et la société ... aurait été annexé à la demande d'autorisation de séjour.

Dans ce contexte, il estime qu'un employeur ne saurait déclarer un poste vacant dans une société X pour un poste hypothétiquement vacant dans une société Y n'existant pas encore à la date de la demande, tout en relevant que suivant les recherches effectuées sur internet, la société ...n'existerait toujours pas au jour du dépôt du mémoire en réponse.

Le délégué du gouvernement estime encore que, dans la mesure où le demandeur aurait signé un contrat avec la société ...postérieurement à la signature du contrat avec la société ..., ce dernier serait *de facto* caduc, alors que le demandeur ne saurait travailler 40 heures par semaine pour deux employeurs différents, tout en relevant qu'il ressortirait en tout état de cause des propres affirmations du demandeur et des pièces versées en cause que ce serait bien la société ...qui aurait prévu d'engager le demandeur, ladite société n'ayant cependant entrepris aucune démarche d'embauche auprès de l'ADEM.

Le délégué du gouvernement estime, par ailleurs, que le salaire de 2.700,- euros brut par mois du demandeur ne correspondrait pas au salaire usuel pour un poste dirigeant d'une société, de sorte à ce que cet élément, ensemble avec les autres éléments relevés par le ministre dans la décision déférée conforterait la suspicion que l'employeur serait plutôt à la recherche d'un chauffeur de bus ou d'un éducateur, ce qui serait à considérer comme détournement de l'article 42, paragraphe (1), point 1 de la loi du 29 août 2008, alors qu'il ne serait pas impossible de trouver un chauffeur de bus ou un éducateur inscrit à l'ADEM.

Il ne ressortirait par ailleurs d'aucune pièce que le demandeur disposerait d'un diplôme d'éducateur.

Il serait dès lors apparent que la gérante de la société ... aurait souhaité faire entrer un membre de sa famille sur le territoire luxembourgeois à travers un poste artificiellement créé suivant des conditions que seul le demandeur pourrait remplir, de sorte que ce serait à bon droit

que le ministre aurait retenu que l'exercice de l'activité visée ne servirait pas les intérêts économiques du pays et ce, sans dépasser sa marge d'appréciation.

Il convient, à titre liminaire, de relever qu'il est de principe que la légalité d'une décision administrative s'apprécie, dans le cadre d'un recours en annulation, en considération de la situation de droit et de fait au jour où elle a été prise, puisque le juge, lorsqu'il contrôle les décisions de l'administration, doit se placer au même moment et il ne peut tenir compte des circonstances de droit ou de fait postérieures à l'acte attaqué, puisque dans le contentieux de l'annulation, il ne peut pas substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative¹. La légalité d'un acte administratif se trouve donc en principe cristallisée au moment où cet acte est pris et le juge se place exactement dans les mêmes conditions où se trouvait l'administration² : c'est la logique du procès fait à un acte.

En ce qui concerne la délivrance d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié, il ressort de l'article 42 de la loi du 29 août 2008 que: « (1) *L'autorisation de séjour et l'autorisation de travail dans les cas où elle est requise, sont accordées par le ministre au ressortissant de pays tiers pour exercer une activité salariée telle que définie à l'article 3, après avoir vérifié si, outre les conditions prévues à l'article 34, les conditions suivantes sont remplies:*

- 1. il n'est pas porté préjudice à la priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs en vertu de l'article L. 622-4, paragraphe (4) du Code du travail;*
- 2. l'exercice de l'activité visée sert les intérêts économiques du pays;*
- 3. il dispose des qualifications professionnelles requises pour l'exercice de l'activité visée;*
- 4. il est en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi dans les formes et conditions prévues par la législation afférente en vigueur.*

(2) Si le ministre estime que les conditions énumérées sous les points 1 à 4 du paragraphe (1) ne sont pas remplies, il saisit la commission créée à l'article 150 dans les conditions et suivant les modalités déterminées par règlement grand-ducal avant de prendre une décision de refus d'une autorisation de séjour pour travailleur salarié ou d'une autorisation de travail. (...) ».

Force est au tribunal de constater que par demande du 7 décembre 2018, la directrice de la société ... a sollicité, pour le compte du demandeur, auprès du ministre une autorisation de séjour pour travailleur salarié au sens de l'article 42 de la loi du 29 août 2008 en y annexant, entre autres, un contrat de travail entre le demandeur et la société ..., ainsi qu'un certificat de déclaration de poste vacant de l'ADEM autorisant cette même société de recruter une personne de son choix pour le poste de management d'une organisation avec les qualifications suivantes: Université pédagogique, permis B, BE, DE, CE, CDI 40 heures par semaine, russe (bon niveau), expérience minimum 1 an.

A l'appui de son recours, le demandeur verse dorénavant des pièces relatives à son embauche par une dénommée société ...SARL, à savoir un certificat de l'ADEM du 10 mars 2021 autorisant cette dernière à recruter une personne pour le poste de management d'une organisation.

¹ Conseil du Contentieux des étrangers belge, 28 mai 2010, n° 44.164.

² Jean-Marie Auby et Roland Drago, Traité des recours en matière administrative, Litec, 1992, n° 205.

Tout d'abord, tel que relevé à titre liminaire, le tribunal de céans, statuant en tant que juge de l'annulation, ne saurait prendre en compte d'autres éléments que ceux à disposition du ministre au moment de la décision déférée, de façon à ce que l'ensemble des nouvelles pièces relatives à la société ...ne peuvent être prises en compte, aucune de ces pièces n'ayant été communiquée au ministre avant la décision déférée, étant relevé qu'aucune de ces pièces n'ayant d'ailleurs existé audit moment.

Il s'ensuit que tout développement relatif au changement de l'identité de l'employeur doit être écarté pour ne pas étant pertinent.

En ce qui concerne le reproche de la partie gouvernementale selon lequel le demandeur ne disposerait pas de qualification d'éducateur, étant relevé que l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois à la phase contentieuse³, force est au tribunal de constater que le contrat de travail du 11 février 2019 entre la société ... et le demandeur prévoit l'occupation de ce dernier en tant que « gestionnaire de la crèche - chargé de direction ».

Suivant l'article 11, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 20 décembre 2001 portant exécution des articles 1^{er} et 2 de la loi du 8 septembre 1998 réglant les relations entre l'Etat et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique pour ce qui concerne l'agrément gouvernemental à accorder aux gestionnaires de structures d'accueil sans hébergement pour enfants « *Le chargé de direction doit se prévaloir d'une qualification professionnelle de niveau égal ou supérieur au diplôme luxembourgeois d'éducateur et d'une expérience d'au moins douze mois. (...)* ».

Or, il n'est pas établi que le demandeur dispose d'une telle qualification professionnelle, de sorte que le ministre a valablement pu rejeter sa demande d'autorisation de séjour sur base de l'article 41, paragraphe (1), point 3 de la loi du 29 août 2008, étant précisé que les conditions prévues à l'article 41, paragraphe (1) de la loi du 29 août 2008 étant cumulatives, le fait qu'une seule d'entre elle ne soit pas remplie était suffisant pour que l'autorisation de séjour y prévue puisse être valablement refusée.

Le recours en annulation est dès lors à rejeter pour ne pas être fondé.

Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de Monsieur ... en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 750,- euros sollicitée sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, quatrième chambre, statuant contradictoirement ;

se déclare incompétent pour connaître du recours principal en réformation ;

reçoit le recours subsidiaire en annulation en la forme ;

³ Cour adm. 20 octobre 2009, n°25738C du rôle, Pas.adm. 2020, V° Procédure administrative non contentieuse, n°90 et les autres références y citées.

au fond, déclare le recours non justifié, partant en déboute ;

rejette la demande d'indemnité de procédure ;

condamne le demandeur aux frais et dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 1^{er} juin 2021 par :

Paul Nourissier, vice-président,
Olivier Poos, premier juge,
Laura Urbany, attaché de justice délégué,

en présence du greffier Marc Warken.

Marc Warken

Paul Nourissier

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 01 juin 2021
Le greffier du tribunal administratif